

Sicher, es geht um Verfassungsrecht: zu obiter dicta und „stare decisis“

Mathias Hong

2015-03-29T21:46:29

War für den jüngsten Kopftuch-Fall eigentlich das Plenum zuständig? Mein [Vorschlag](#), diese Frage zu verneinen, weil die neue Entscheidung nicht von tragenden Gründen der alten abweicht, überzeugt Christoph Möllers [nicht](#): Ihm ist diese Antwort zu schlicht, um wahr zu sein. Warum soll aber nicht auch mal die schlichte Antwort letztlich die richtige sein?

1. Allerdings weist Möllers zu Recht darauf hin, dass der Wortlaut des § 16 BVerfGG zunächst so klingt, als ob die Vorlagepflicht schon bei jeder inhaltlichen Abweichung besteht, also ganz gleich, ob es nun um tragende Gründe oder um obiter dicta geht. Schließlich ist dort schlicht von einer „in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung“ die Rede.

Das Bundesverfassungsgericht versteht diesen Wortlaut aber in ständiger Rechtsprechung so, dass er ein Abweichen gerade von tragenden Gründen verlangt. Jedenfalls wenn man dieses Verständnis zugrunde legt, kann man dem Ersten Senat also nicht vorwerfen, die Vorlagepflicht an das Plenum umgangen zu haben. Falls die „Segelanweisungen“ (so [Neureither](#)) aus der ersten Kopftuch-Entscheidung nur obiter dicta waren, war eine Vorlagepflicht nach der Auslegung der Bestimmung, von der das Bundesverfassungsgericht selbst ausgeht, zu verneinen, weil damals entscheidend „das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, nicht deren Ausgestaltung“ war (vgl. [Wrase](#)).

2. Nun kann man sicher darüber streiten, ob das herrschende Verständnis des § 16 BVerfGG auch das richtige ist. Dafür spricht allerdings eine Folgenerwägung als Gegenprobe auf den Willen des Gesetzgebers: Wenn schon jedes obiter dictum die Vorlagepflicht auslösen würde, wäre das geradezu eine Einladung an die beiden Senate, möglichst viele obiter dicta in ihre Entscheidungen aufzunehmen, um so die eigene Position umfassend vor künftigen Aufweichungen durch den jeweils anderen Senat abzusichern. Wird der Gesetzgeber eine solche Zementierungstendenz gewollt haben? Wohl eher nicht.

Geht man deshalb weiter vom herrschenden Verständnis der Vorschrift aus, dann hat das Konsequenzen für das Verständnis des grundlegenden Begriffs der „Entscheidung“. Die „Entscheidung“ im Sinne des § 16 BVerfGG ist dann konsequenterweise nicht der Entscheidungstext als Ganzes, sondern nur der Tenor mit den dafür tragenden Gründen. Was das Gericht noch nebenher sagt, gehört nicht zur Entscheidung selbst. Nur die tragenden Gründe können dementsprechend auch „in einer Entscheidung“ enthaltene Rechtsauffassungen sein. Dieses Verständnis des Begriffs „Entscheidung“ entspricht auch der Auslegung der Vorlagepflichten an den Großen Senat, die auf das Abweichen „von der Entscheidung“ eines anderen Senats abstellen, etwa durch den Bundesgerichtshof

für § 132 Abs. 2 und 3 GVG (etwa [hier](#), S. 7 des Umdrucks) oder durch das Bundesverwaltungsgericht für § 11 Abs. 2 und 3 VwGO (etwa [hier](#), Rn. 17-19).

3. Obiter dicta sind nach diesem Verständnis also für Zwecke der Vorlagepflicht gar nicht in der „Entscheidung“ enthalten. Heißt das nun, dass alle nicht tragenden Aussagen damit gewissermaßen zum verfassungsrechtlichen Nullum werden, dogmatisch bedeutungslos und allenfalls noch von kulturwissenschaftlichem Interesse? Das wäre in der Tat ein misslungener Zaubertrick und eine Verkennung der Reichweite verfassungsrechtlicher Argumente – auch darin lässt sich Möllers beipflichten. So war die These von den „Two Tales“ allerdings auch nicht gemeint. Mein Punkt war nicht, dass obiter dicta keinerlei verfassungsrechtliche Bedeutung haben, sondern lediglich, dass sie keine Vorlagepflicht an das Plenum auslösen.

4. Natürlich kann es verfassungsrechtlich bedeutsame Gründe geben, nicht von obiter dicta abzuweichen. Das können Gründe der Rechtssicherheit sein, weil obiter dicta Orientierungswirkung entfalten und Handlungen anderer Akteure in der Erwartung auslösen können, das Gericht werde wohl auch künftig entsprechend entscheiden. Solche Gründe können es dann freilich auch nahelegen, die obiter dicta gar nicht erst auszusprechen. Gegen eine Abweichung von obiter dicta können aber auch epistemische Gründe sprechen. Sie bringen schließlich die Auffassung der Richterinnen und Richter zum Ausdruck, also von Personen, die mit Blick auf die „Kunst der Verfassungsauslegung“ wohl häufig beanspruchen dürfen, zumindest epistemisch Ebenbürtige („epistemic peers“) für diejenigen zu sein, die sich sonst noch so in dieser Kunst versuchen. Schon aus diesen Gründen sollte es sich auch eine spätere Gerichtsbesetzung oder ein anderer Spruchkörper eines Gerichts gut überlegen, ob sie oder er von früheren obiter dicta abweichen muss.

5. Na gut, meine Gegenüberstellung der [zwei „Tales“](#) von den zwei Gerichten war deshalb etwas zu simpel gestrickt (und deshalb missverständlich). Denn die zweite Erzählung, also die verfassungsdogmatische Erzählung aus der Teilnehmerperspektive, hat nicht nur eine verfassungsprozessrechtliche Seite, sondern auch eine materiell verfassungsrechtliche. Sagen wir also, die „Two Tales“ über die beiden (sicher: zweieiigen) Zwillingsenate in Karlsruhe bekommen jeweils einen eigenen Band. Der erste Band sei mal ganz auf die kulturwissenschaftliche Beobachterperspektive begrenzt. Der zweite Band behandelt dagegen die inhaltlichen Abweichungen als verfassungsdogmatische Fragen. Er sollte dann zwei Teilbände haben: Im ersten Teilband geht es um die verfassungsprozessuale Frage der Kompetenzüberschreitung, also um die Vorlagepflicht an das Plenum. Im zweiten Teilband geht es dagegen um materielles Verfassungsrecht: Von obiter dicta abzuweichen, kann auch in dieser Hinsicht verfassungsrechtlich bedenklich oder sogar rechtlich fehlerhaft sein. Weil die Kriterien dafür allerdings weit weniger klar sind, lassen sich in diesem zweiten Teilband kaum so schneidige Fragen nach Kompetenzüberschreitung und Rechtsbruch aufwerfen wie die, ob der Erste Senat im Kopftuch-Beschluss überhaupt der gesetzliche Richter war.

6. Die ganze zweite Erzählung, also den zweiten Band (mit beiden Teilbänden), nenne ich mal: der Grundsatz des „stare decisis“. Nicht nur verdienen so grundlegende Begriffe mehr Aufmerksamkeit wie der der „Entscheidung“ oder der der „tragenden Gründe“. Es bedarf für das Grundgesetz auch einer

verfassungsrechtliche Lehre zum Grundsatz „stare decisis“, verstanden nicht nur im Sinne einer formellen Bindungswirkung oder einer eher starren Entscheidungsregel (wie § 16 Abs. 1 BVerfGG), sondern auch im weiteren Sinn einer Lehre von der verfassungsrechtlichen Abwägung der Gründe, die dafür oder dagegen sprechen, dass ein Gericht von seinen früheren Aussagen abweicht, seien diese Aussagen nun tragende Gründe (erster Teilband) oder obiter dicta (zweiter Teilband). (Dazu, dass der Grundsatz des „stare decisis“ sogar im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten zuweilen eher als Abwägungsregel gedeutet wird, vgl. etwa die concurring opinion von Chief Justice Roberts in *Citizens United*, [hier](#), S. 5-8, m.w.Nw.).

7. Obiter dicta sind also eine besondere verfassungsrechtliche Spezies. Sie sind weder generell unzulässig, noch sind sie Schattenexistenzen, denen keine dogmatische Bedeutung zukommt. Ein Gericht sollte sie vorsichtig dosieren, schon wegen der Folgen, die sie – wie gerade der Kopftuch-Fall zeigt – auslösen können. Es sollte von ihnen auch nur mit gutem Grund abweichen. Sie haben aber ein wesentlich geringeres verfassungsrechtliches Gewicht als tragende Gründe – und sie genießen in der Folge auch einen geringeren Schutz vor einer späteren Revision. Für das Bundesverfassungsgericht gilt das sowohl innerhalb desselben Senats (Stichwort: [Halbteilungsgrundsatz](#)) als auch zwischen den beiden Senaten.

8. Was also auf die Frage von Möllers sagen, ob „die knallharte juristische ‚Logik‘“, die ich seines Erachtens anrufe, nicht „vielleicht doch eher ins Sachenrecht“ gehört? Und was auf seine parenthetische Klarstellung erwidern, dass „deren Anrufung im Verfassungsrecht eigentlich immer der Verdeckung eines Problems“ diene?

Welches Problem soll das denn sein, auf das sich die Verdeckungsabsicht richten würde? Ich hatte eigentlich gedacht, etwa mit dem Umstand durchaus offen umgegangen zu sein, dass zwischen den beiden Senaten des Karlsruher Gerichts zuweilen inhaltliche Divergenzen bestehen. Vielleicht beruht die Kritik ja auf dem angesprochenen Missverständnis, ich hätte jegliche rechtliche Relevanz von obiter dicta bestreiten wollen? Ich hoffe es.

Und natürlich kennt das Recht als soziales Konstrukt in Zweifelsfällen, von denen es im Verfassungsrecht nur so wimmelt, keine logisch zwingend richtigen Antworten. Meine These war, dass die Frage nach einem Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt von der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit im Übrigen inhaltlich unabhängig ist. Ein Gegenargument gegen diese Verhältnisbestimmung (abgesehen davon, dass sie – zugestanden – keine im strengen Sinne logische ist), habe ich in Möllers' Erwidern nicht gefunden. Solange ich keins höre, würde ich gerne daran festhalten: Wenn ein Recht deshalb verletzt ist, weil für den Eingriff eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage fehlt, dann können jedenfalls zu diesem Begründungspfad einer Entscheidung Aussagen darüber, wann ein hinreichend bestimmtes Gesetz möglicherweise verfassungsmäßig sein könnte, keinerlei unterstützenden Beitrag leisten. Sie können stets „hinweggedacht“ werden, ohne dass deshalb das Ergebnis nach dem Gedankengang dieses Begründungspfads entfiele. So einfach ist das (eigentlich).